

Ernst Rabel e a sua influência sobre um Direito Mundial dos Contratos*

Hannes Rösler**

Resumo: O livro *The Law of the Sale of Goods* de Ernst Rabel, um estudo de Direito Comparado, completou 70 anos em 2006, um ano após o 50º aniversário da morte do maior dos comparativistas alemães. Esse jubileu e o 80º aniversário do Instituto Kaiser Wilhelm, atual Instituto Max Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado, em Hamburgo, dão ensejo a uma reflexão sobre a receptividade da mais famosa obra de Rabel em alemão e sua importância atual. Com o conjunto de sua obra, Rabel, que ajudou a fundar o Instituto e foi seu primeiro diretor, assentou a base para uma lei mundial de compra e venda de mercadorias. Ele próprio havia proposto a concepção dessa lei internacional em 1928, e em 1935 publicou um *Esboço de uma lei uniforme de compra e venda de mercadorias*.

Suas idéias somente alcançaram êxito a partir de 1964, quando foram aprovadas a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Haia sobre Formação de Contratos) e a Convenção relacionada a uma Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Haia sobre

* Trata-se de uma versão atualizada do artigo "70 Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel – Werk-und Wirkgeschichte" que foi publicado em *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 70, 2006, p. 793-805.

** Tradução: Nilma Faria. Revisão de tradução: Elena de Carvalho Gomes e Jan Peter Schmidt.

Compra e Venda). Essas convenções, no entanto, tiveram êxito limitado, tendo recebido muito poucas ratificações.

Essas leis foram sucedidas pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), em 1980, que alcançou uma importância muito maior: dois terços do comércio exterior e internacional são regidos pela CISG. Considerado o fundador do Direito Comparado moderno na Alemanha, Rabel também teve influência sobre o Código Civil Alemão (BGB): quando o BGB foi modernizado em 2002 (inclusive para colocar em vigência diversas diretivas da Comunidade Européia), a CISG e as sugestões de Rabel foram parcialmente utilizadas como modelo. As normas de garantia (*Gewährleistungsrecht*) e de impossibilidade, por exemplo, foram integradas às normas gerais sobre quebra de contrato, como ele havia proposto.

Palavras-chave: Ernst Rabel, Direito Comparado, Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG); Instituto Max Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado, Código Civil Alemão (BGB).

Ernst Rabel and his influence on International Contract Law

Abstract: Ernst Rabel's book *The Law of Sale of Goods*, a study in comparative law, celebrated the 70th birthday in 2006, one year after the 50th anniversary of the death of the greatest German legal comparativist. This jubilee, in conjunction with the 80th anniversary of the Kaiser-Wilhelm-Institut, now the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, calls for a reflection on the reception of Rabel's most famous work in German and its importance today. Rabel, who helped found the Institute and served as its first director, laid the groundwork for a worldwide law of sale of goods with his oeuvre. He himself had proposed the conception of such an international law of sale of

goods in 1928 and published a *Draft of a Uniform Law of Sale of Goods* in 1935. His ideas did not come to fruition until 1964, when the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (Hague Sales Convention) was passed. But the success of these conventions was limited; they attracted only very few ratifications. Their successor, however, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) of 1980, has achieved much greater significance: two thirds of international and foreign trade are governed by the CISG. Furthermore, Rabel, who is seen as the founder of modern legal comparison in Germany, also had an impact on the German Civil Code (BGB): when the BGB was modernised in 2002 (also to implement several EC directives), the CISG and Rabel's suggestions were partly used as a model. For example, the rules on warranty (*Gewährleistungsrecht*) as well as impossibility were integrated into the general rules on breach of contract, as he had proposed.

Keywords: Ernst Rabel – Comparative law – UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – German Civil Code (BGB).

1 PANO DE FUNDO (MOTIVOS)

Em 2006, o volume I de *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung (O direito da compra e venda de mercadorias: uma apresentação comparativa)*, de Ernst Rabel, comemorou seu 70º ano de existência, um ano após o 50º aniversário de morte do referido autor,¹ nascido em 1874, em

¹ Cf. a homenagem prestada por Ulrich Drobnig na ocasião: DROBNIG, Ulrich. *Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung*, Zum 50. Todestag von Ernst Rabel: ZEuP 2005. p. 821-831.

Viena. Rabel, que em 1902, aos 28 anos, habilitara-se² como romanista na Universidade de Leipzig, com Ludwig Mitteis (1859-1921), dedicou-se, cada vez mais, à comparação dos ordenamentos jurídicos vigentes.³ Juntamente com Karl Neumayer (1869-1941) fundou – em pleno desenrolar da Primeira Guerra Mundial (1916) – o Instituto de Direito Comparado da Universidade de Munique, o primeiro dessa natureza em todo o mundo.⁴ Esse jubileu, juntamente com o 80º aniversário de fundação do Kaiser-Wilhelm-Institut (atual Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Direito Internacional Privado) ocorrido também em 2006, propiciou nesse fórum, uma reflexão histórico-científica acerca do mais famoso trabalho de Rabel escrito em alemão, bem como uma investigação do significado dessa obra para o presente.

² RABEL, Ernst. *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg* (1902) (*Erweiterte Habilitationsschrift*); igualmente um clássico do autor: *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1. ed. 1915; 2. ed. 1955.).

³ Para os planos secundários (panos de fundo) ZIMMERMANN, Reinhard. In *der Schule von Ludwig Mitteis, rechtshistorische Ursprünge*: Rabels Z 65, 2001, p. 1-38.

⁴ Destinado tanto à pesquisa quanto ao ensino (a primeira cátedra para a História do Direito e Direito Comparado fora estabelecida em Oxford em 1869); RHEINSTEIN, Max. 40 Jahre Kaiser Wilhelm Institut und Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. In: *Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht*, trabalhado por Dierk Müller (1968), p. 3-13 (7) (citado: Vierzig Jahre); WADLE, Elmar. *Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland*, 1994, p. 48 et seq., mencionando também o Seminário (mais tarde Instituto) de Kiel para o Direito Internacional, fundado em 1914 por Theodor Niemeyer (1857-1939); também COESTER-WALTJEN, Dagmar. Ernst Rabel. In: *Große jüdische Gelehrte an der Münchener Juristischen Fakultät*, editado por Landau/Nehlsen (2001) 77-96; para o desenvolvimento (institucional) da disciplina do Direito comparado, também KUNZE, p. 22 et seq.; MICHAELS, Ralf. *Im Westen nichts Neues?*. RabelsZ 66, 2002, p. 97-115 (98-102); RÖSLER, Hannes. Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft. Praxis und Ausbildung; primeira série: JuS 1999, p. 1.084-1.089 (1.084-1.086).

A obra é criada na fase de Berlim do Instituto que, até 1944, esteve acomodado juntamente ao Instituto Kaiser Wilhelm de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional Público, fundado em 1924 e situado no antigo *Stadtschloss* (Castelo Real, mais tarde sede do extinto Palácio do Povo da República Democrática Alemã).⁵ O trabalho surgiu em 1936, como Caderno Especial por ocasião do 9º aniversário da *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Revista de Direito Comparado e Direito Internacional Privado) que, desde 1961, porta oficialmente o nome de seu fundador, Rabel. O segundo volume só pôde ser publicado depois da Segunda Guerra.⁶

Em meados de fevereiro de 1937, Rabel – conquanto católico batizado – foi forçado a renunciar⁷ ao seu cargo de Diretor do Instituto, em virtude das Leis de Raça de Nuremberg. Antes, já haviam sido afastados do cargo de Conselheiro Científico Hans Lewald (1883-1963) e Martin Wolff (1872-1953). Max Rheinstein (1899-1977), que havia seguido Rabel desde Munique, antecipou-se à sua demissão, permanecendo nos Estados Unidos (1933), onde assumiu, em Chicago, em 1935, atividades docentes que se estenderam por

⁵ Sobre os motivos da criação do Instituto Kaiser Wilhelm (em primeiro lugar, superar as consequências jurídicas da Primeira Guerra Mundial, bem como o isolamento da ciência jurídica alemã), cf. BASEDOW, Jürgen. Der Standort des Max-Planck-Instituts, Zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft. In: *Aufbruch nach Europa*, FS 75 Jahre Max Planck-Institut für Privatrecht (2001) 3-16 (3-8).

⁶ RABEL, Ernst. (sob a colaboração de v. Dohnany e Käser). *Das Recht des Warenkaufs II* (citado: *Warenkauf II*).

⁷ Tal fato é documentado por KUNZE, p. 164-170; para a mudança depois de 1933, p. 63-131. Para o trabalho do sucessor Ernst Heymann (1870-1946), Diretor de 1937 até 1946, KUNZE, p. 170-229, também, p. 71-91.

longos anos.⁸ Em março de 1939, Rabel deixou Berlim, onde, em 1935, fora exonerado de seu cargo de professor. A partir de 1937, passou a sentir-se derrotado, por força de um veto que o proibiu de publicar, e também de várias outras adversidades.⁹ Depois de curta estada na Bélgica, emigrou, aos 65 anos, em setembro de 1939 (aliás, bastante tardiamente), também para os Estados Unidos. Lá manteve pesquisas financiadas por meio de bolsas concedidas pelo Instituto Americano de Direito (American Law Institute), pela Universidade de Michigan, em Ann Arbor, e pela Escola de Direito de Harvard (Harvard Law School).¹⁰

2 OBJETIVO E TRANSFORMAÇÃO DO MÉTODO: DIREITO COMPARADO APLICADO COMO BASE DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO

Rabel considerou o Direito como reflexo da realidade,¹¹ seguindo, nesse ponto, a orientação do seu mestre Mitteis, que

⁸ Para as biografias, veja-se: DANNEMANN, Gehard. Martin Wolff (1872-1953). In: *Jurists Uprooted: German speaking emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, coord. por Beatson/Zimmermann, 2004, p. 441-461. Para Rheinstein, veja-se MARSCHALL, Wolfgang Freiherr v. Max Rheinstein. In: *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, coord. por Lutter/Stiefel/Hoeflich, 1993, p. 333-341 (citado: *Der Einfluß deutscher Immigranten*); DUDEN, Konrad. Max Rheinstein, Leben und Werk. In: *Ius privatum gentium*. Festschrift Rheinstein I, 1969, p. 1-14; sobre as demissões dos anos 1933/1934, LÖSCH, Anna-Maria Gräfin v. *Der nackte Geist, Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, 1999, p. 214, 209; KUNZE, p. 133.

⁹ Para os dois anos transcorridos entre demissão e a emigração, THIEME, Jürgen. Ernst Rabel (1874-1955), Schriften aus dem Nachlaß, "Vorträge – Unprinted Lectures: Einführung: RabelsZ 50, 1986, p. 251-281 (263-266).

¹⁰ KEGEL, Gerhard. Ernst Rabel. Werk und Person: RabelsZ 54, 1990, p. 1-23 (21). Vorkämpfer des Weltkaufrechts. In: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, apresentado por HEINRICHS; FRANZKI; SCHMALZ; STOLLEIS, 1993, p. 571-593 (588); CLARK, David S. The influence of Ernst Rabel on American Law. In: *Der Einfluß deutscher Emigranten* (acima nota 8), p. 107-126. 109 f.

¹¹ KEGEL (nota anterior), p. 16, *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, p. 583.

havia criado uma nova concepção do direito da Antigüidade, baseada na realidade social.¹² Sua maneira de pensar guarda relação com a jurisprudência de interesses de Philipp Heck (1858-1943)¹³ e, sobretudo, com o método anglo-americano do *case-law*.¹⁴ A forma de pensar, pragmático-funcional e direcionada ao caso de forma indutiva, oferece a possibilidade de comparar diversos ordenamentos jurídicos, tanto os antigos como os atuais. Rabel, que atuava tanto como juiz quanto como perito,¹⁵ defendeu, assim como Levin Goldschmidt (1829-1897), a inclusão dos usos e costumes no direito da compra e venda.¹⁶ Ele se mostrava cético diante de uma dogmática alheia à vida real, porém não se colocava em franca oposição à Jurisprudência dos Conceitos.¹⁷

¹² Sobre o método de caráter histórico de Rabel, UTERMARCK, p. 55-118; HUSSERL, Gerhart. *Ernst Rabel: Versuch einer Würdigung (Ernst Rabel. Tentativa de uma apreciação)*: JZ, 1956, p. 385-392, 430-434 (386-389); ZIMMERMANN (acima nota 8); KUNZE, p. 24-26, 41 f. 45-47. A Rabel, como expressão de reconhecimento de seu importante papel como historiador do Direito, é dedicado o segundo volume da publicação comemorativa de 1954. (*Festschrift für Ernst Rabel II: Geschichte der antiken Rechte und allgemeine Rechtslehre* [1954]).

¹³ HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Archiv für die civilistische Praxis 112, 1914, p. 1-318; 1914; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

¹⁴ LESER, Hans Georg. Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: "O costume benéfico, pensar no caso, para depois refletir sobre as regras" In: *Festschrift Caemmerer*, 1978, p. 890-906 (905); relativo a Heck também UTERMARCK, p. 127-131, 161, 170, 174, no mais 184, 218.

¹⁵ Rabel atuou, por exemplo, nas Cortes Arbitrais Mistas, previstas no Tratado de Paz de Versalhes, que deveriam decidir dentre outras, as pendências judiciais resultantes das dificuldades suscitadas pela guerra quanto aos contratos celebrados anteriormente ela. De sua atuação como Juiz: RABEL. *Vorträge – Unprinted Lectures II: [Courts]*: RabelsZ 50, 1986, p. 287-295; KUNZE, p. 54-58.

¹⁶ Compare UTERMARCK, 162 f., p. 171.

¹⁷ RHEINSTEIN, Max. *Gedächtnisrede für Geheimrat Professor Dr. Ernst Rabel*: JR, 1956, 135-138 (136) (citado: *Gedächtnisrede*).

Rabel dava-se conta de quanto ainda havia para ser descoberto nesse novo campo constituído pelo direito comparado, sendo necessário esforçar-se para acabar com o provincialismo na maneira de pensar.¹⁸

O processo da descoberta aventureira é também o ponto de partida para o seu famoso ditado, com o qual ele talvez espelhe a jurisprudência etnológica alemã do século XIX: “Comparatistas de direito estão habituados a penetrar nas moitas desconhecidas e a atirar-se em direção a elas, mas debaixo de cada arbusto os espreita um índio com flecha”.¹⁹ Mas as pequenas partes deveriam agrupar-se para formar o todo. A crença na possibilidade de uma ciência universal do Direito e na constituição de uma unidade do Direito como vocação cultural²⁰ era evocada em 1924: “De mil maneiras, cintila e treme ao sol e ao vento, o direito de cada povo desenvolvido. Todos esses vibrantes corpos, juntos formam um

¹⁸ Sobre a disposição verificada nesse sentido, RABEL, Ernst. *Vorträge – Unprinted Lectures III*: [Institutes]: RabelsZ 50, 1986, p. 296-302 (299) bem elitizado: “The comparative method is the most intricate sort of research; I think it gives us the crown of jurisprudence – yet there seemed not to be a lot of people aiming at that crown”.

¹⁹ RABEL. *Deutsches und amerikanisches Recht*: RabelsZ 16, 1951, p. 340-359 (340), *Aufsätze III*, n. 14, p. 342-363 (342).

²⁰ Veja-se KOHLER, Josef. *Das Recht als Kulturerscheinung, Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*, 1885. Veja-se ainda: STIER, Anna Babette. “Richtiges Recht” zwischen Entwicklungs- und Kulturgedanken. Prinzipien der Rechtsgestaltung in der Rechtstheorie un 1900, 2006. Para Rabel, a construção de uma história universal do direito, nos moldes das idéias de Kohler (1849-1919), era impossível (RABEL. Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. In: *25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften III*, 1937, p. 77-190 (81), Artigos III, n. 9, p. 180-234 (187) (citado: *Fachgebiete*). Veja também do autor, *Josef Kohler* †: RheinZ 10 (1919-20), p. 123-133, Artigos I, n. 13, p. 340-350); UTERMARCK, p. 124-127; KEGEL, Gerhard. Ernst Rabel. In: *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift Börner*, 1992, p. 835-840 (838) aponta a visão “quase que jusnaturalista” de Rabel.

todo ainda não contemplado por ninguém”.²¹ Por isso, de acordo com o seu parecer o *civil law* e o *common law* podiam ser reunidos – diversamente da Lei Uniforme sobre letra de câmbio e cheque, de 1930 e 1931, marcada por um forte caráter “continental” – por meio de conceitos jurídicos universais, imunes à dogmática nacional.²² Isso possibilitaria também a unificação do direito da compra e venda, idéia defendida e energicamente difundida por Rabel. Os tomos relidos neste artigo (*Recht des Warenkaufs*, v. I e II) deviam formar a base “de uma ciência jurídica universal, com seus próprios conceitos e critérios de valor.”²³

Rabel, que é reconhecido na Alemanha como o fundador do Direito Comparado Moderno, provou no seu *Recht des Warenkaufs* (*Direito da Compra e Venda*), a correção do chamado método funcional,²⁴ usado até hoje. Semelhantemente – ainda que em menor medida – às grandes obras como o *Rechtsvergleichendes*

*N.T.: Alto posto do conselho do soberano, até 1918; denominação do membro diretamente ligado ao colegiado.

²¹ RABEL. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*: RheinZ 13 (1924) 279-301 (283), Artigos III, n. 1, p. 1-21(5).

²² É mister “livrar o núcleo dos fenômenos jurídicos do invólucro dos artigos e das construções doutrinárias”. RABEL, *Fachgebiete* (acima n. 20), p. 80, Artigos III, p. 185. Com tal afirmação, ele comprova as semelhanças das regras sobre a vinculação e a retratação da oferta, conquanto diversos os pontos de partida do Direito inglês e do Direito continental (veja-se RABEL. *Warenkauf I*, p. 88). O mesmo vale para a figura jurídica da *specific performance* (veja RABEL. *Warenkauf I*, p. 376; também, RÖSLER Hannes; TÜNGLER, Grit. *Modalitäten der Ersatzleistung im englischen und deutschen Vertragsrecht*: JuS 2002, p. 782-786.

²³ RABEL. *Deutsches und amerikanisches Recht* (acima, nota 19), p. 358, Artigos III, p. 362.

²⁴ Acima, nota 22; GAMILLSCHEG, Franz. Ernst Rabel (1874-1955). *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*. In: *Rechtswissenschaft in Göttingen*, apresentado por V. LOOS (1987), p. 456-470 (466).

*Handwörterbuch (Dicionário de Direito Comparado)*²⁵ e *Die Zivilgesetze der Gegenwart (As Leis Cíveis da Atualidade)*²⁶ é a monografia ora relida uma produção coletiva do mencionado Instituto Kaiser Wilhem de Direito Privado, naquela época já dividido em departamentos conforme os diversos países. A obra teve como razão determinante o “encargo que o Instituto Internacional pela Unificação do Direito Privado da Liga das Nações (UNIDROIT), fundado em 1926 com sede em Roma, conferira a Rabel, consistente na preparação da unificação do direito da compra e venda.

Esse era o pano de fundo: um instituto romano devia, conforme desejava o Governo Mussolini, assumir uma posição de liderança na comparação dos ordenamentos jurídicos do mundo. Todavia, faltavam ao Instituto UNIDROIT, então recentemente constituído e subordinado à Liga das Nações, pulso e recursos. Foi nesse contexto que Rabel ofereceu sua ajuda como membro alemão do diretório do UNIDROIT. Lá ele tinha estimulado, já em 1928 – menos de 30 anos depois da entrada em vigor do BGB – e em âmbito mundial, como seu próprio projeto, a unificação das regras sobre a compra e venda internacional. Nas sessões da comissão para o direito da compra e venda era Rabel a força de tração e, sobretudo, por meio dos trabalhos do Instituto de Berlim, a força de comando.²⁷ A seqüência de relatórios e projetos

²⁵ *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil und Handelsrecht des In- und Auslandes*, publicado por Schlegelberger I-VII (1927-1940). Além disso: KUNZE, p. 146-150, 157, 197.

²⁶ Os volumes vieram a lume entre 1927 e 1939; sobre tal circunstância, KUNZE, p. 153-155.

²⁷ RHEINSTEIN. *Vierzig Jahre* (acima nota 4), p. 7; RHEINSTEIN. *Gedächtnisrede* (acima nota 17), p. 137; RABEL. *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*: *RabelsZ* 9, 1935, p. 1-79 e 339-363. *Warenkauf I*, p. 522-529.

desenvolvidos até a interrupção forçada por motivo de guerra está suficientemente documentada²⁸ e será mencionada aqui apenas como nota: o primeiro relatório provisório de Rabel de 1929;²⁹ o “Relatório Azul”;³⁰ a primeira minuta finalizada em 1935, elaborada a partir de 1930, pelo comitê formado por membros de diversas nações; esboço para a conclusão do contrato de compra e venda de 1936;³¹ e o segundo esboço submetido em 1939, sobre o direito material da compra e venda.³²

O que nos interessa neste artigo é a obra que foi elaborada paralelamente aos projetos mencionados. Depois de aproximadamente cinco anos de planejamento e execução do trabalho,³³ especialmente por parte de Eduard Wahl (1903-1985), Ernst von

²⁸ SCHLECHTRIEM, Peter. Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts. In: *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, 1987, p. 27-36. 28 f.; LESER. Einleitung des Herausgebers. In: RABEL. Artigos III, p. XXVII-XXXIII; MAGNUS, Ulrich. Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Einl. Rz. 20 (STAUDINGER. *Kommentar zum BGB*); UTERMARCK, p. 159.

²⁹ RABEL. *Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (Sitzungsberichte)*: RabelsZ 3, 1929, p. 402-406, 405 f., Artigos III, n. 22, p. 485-491 (490).

³⁰ RABEL. *Rapport sur le droit comparé en matière de vente par l'Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Berlin, 1929, Artigos III, n., 20, p. 381-476.

³¹ O tema relativo à conclusão do contrato de compra e venda foi retirado na última hora do projeto de 1935. O esboço dessas regras foi publicado em RABEL. *Warenkauf I*, p. 116.

³² A minuta de 1935 encontra-se entre outras línguas, em francês, em: RABEL. *Warenkauf II*, p. 374-394 (versão alemã não oficial de Rabel, em: Artigos III, n. 25, P. 530-546; a minuta de 1939/1951 segue nas p. 395-415. A minuta de Haia de 1956, aqui anexada, segue nas páginas seguintes: 416-441. Da página 442 à 444 encontra-se uma sinopse dos três projetos.

³³ KEGEL, Gerhard. 50 Jahre Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht In: *Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Gedächtnisschrift Rüdiger, 1978, p. 302-312 (305).

Caemmerer (1908-1985) e Arwed Blomeyer (1906-1995), surgiu, em 1936, o primeiro volume. Este contém, em uma impressionante precisão de detalhes, a totalidade dos ensinamentos do direito geral das obrigações, sobretudo no que concerne à celebração de contratos de compra e venda e as obrigações do vendedor. Rabel sintetizou, em 1936, no prefácio e numa apresentação, seus objetivos:

Todavia a unificação não tem sido o único objetivo desse trabalho comparativo. Valeu muito mais a pena colocar conjuntamente, pela primeira vez, no ponto central do direito das obrigações, pensamentos e resultados dos ordenamentos jurídicos vigentes. Esse é um início, que serve de fomento a todos os esforços teóricos e práticos que se ligam ao direito comparado.³⁴

A primeira parte dedica-se à extensão e aos objetivos de uma possível unificação de direito. A segunda parte ocupa-se da conclusão e da forma do contrato de compra e venda. A terceira parte aborda aspectos gerais dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda, como a questão do sinalagma. O ponto principal da obra é constituído pela quarta parte, que trata dos deveres e direitos do vendedor, incluindo as garantias: aqui se encontram, no primeiro parágrafo, minuciosos relatórios sobre o direito dos países, com referência ao Código Geral do Comércio da Alemanha de 1861 (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB)), o direito do Império Alemão, da Áustria, Suíça, França e sua “família jurídica”; o direito dos países hispano-portugueses, dos ordenamentos anglo-americanos; e, finalmente, da Escandinávia.³⁵ No segundo parágrafo, encontra-se uma extensa

³⁴ RABEL. *Selbstanzeige*: Das Recht des Warenkaufs I (1936) RabelsZ 10 (1936) 408-411 (408), Artigos III, n. 24, p. 516-529 (516).

³⁵ RABEL. *Warenkauf I*, p. 139-312.

avaliação comparativa das soluções dos diversos sistemas jurídicos.³⁶

Com base na numerosa matéria disposta na parte que trata dos deveres do vendedor,³⁷ menciona-se, com vista à exemplificação a – adiante tratada – influência de Rabel sobre a unificação do direito e a reforma direito alemão das obrigações, sua análise sobre a impossibilidade da prestação. Rabel ocupava-se intensamente, já em 1907 e 1911, dos entraves que liberavam o vendedor de sua prestação.³⁸ No *Recht des Warenkaufs*, Rabel remonta-se a isso.³⁹ A propósito, escreveu ele sobre a impossibilidade objetiva, criticando o § 306 do BGB (na versão

³⁶ RABEL. *Warenkauf I*, p. 313-533; sobre o procedimento – primeiramente, relatórios sobre a sistemática do Direito estrangeiro, em seguida a avaliação própria – veja-se: UTERMARCK, p. 175 (181).

³⁷ Em especial, os seguintes temas: obrigação de entregar a mercadoria (para poder evitar o conceito de propriedade), imputação, mora, equipação de vícios redibitórios e vícios de direito, cumulação de perdas e danos com rescisão do contrato, avaliação de danos, obrigação do pagamento e deveres anexos, pontos apreciados por Utermarck, p. 181-217. H. C. Gutteridge (Rezension von Rabel. *Das Recht des Warenkaufs I*, 1936. *Mod. L. Rev.* v. 1, p. 249-250, 1937) caracteriza a obra como enciclopédica e difícil de tratar. Além disso, sustenta que a obra mostrava *a certain over-elaboration of detail and an undue compression of argument which makes the text somewhat difficult to follow*.

³⁸ Para uma análise histórica e comparatística, RABEL. *Unmöglichkeit der Leistung*. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1907 (Artigos I, n. 1, p. 1-55; Origine de la règle “Impossibilium nulla obligatio”. In: *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 473-512; *Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis: RheinZ* 3 (1911) 467-490, Artigos I, n. 2, p. 56-78 ; Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht. In: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1, Juni 1911 II 821-846, Artigos I, n. 3, p. 79-102. Para o pano de fundo do § 306 do BGB alemão antes da reforma, também ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, p. 686-697.

³⁹ Compare UTERMARCK, p. 184-194 (218); HUSSERL (acima nota 12), p. 392.

mantida até a reforma):⁴⁰ “A impossibilidade, como tal, não constitui em verdade motivo para dispor a nulidade de todo o contrato, ou mesmo a obrigação de pagar indenização por perdas e danos em razão da inexecução [...]”.⁴¹ O Direito inglês, que prevê como requisito para nulidade do contrato o erro do comprador,⁴² parecia-lhe em parte preferível. Segundo ele, a nulidade do contrato diante da impossibilidade originária deveria ser limitada ao caso de promessa de uma prestação absurda.⁴³ Como se mostra a seguir, ao final, seria necessário dar razão a Rabel.

3 DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO DO PROJETO

No outono de 1950, Rabel retornou do exílio. Depois das arbitrariedades a que foi submetido durante a fase alemã da autodestruição (*Selbstzerstörungsphase*), ele retomou seu posto no Instituto durante os seus últimos cinco anos de vida, tendo recebido ainda uma cátedra de honra em Tübingen. *The Conflict of Laws*⁴⁴

⁴⁰ A reforma do Direito das obrigações passa por cima da norma. Os contratos são agora também válidos no caso da impossibilidade inicial (objetiva ou subjetiva), por força do § 311, a, I, BGB. Mesmo à míngua de referência por parte da CISG, à impossibilidade da prestação como categoria própria da inexecução do contrato, optou a reforma do Direito das obrigações por manter uma regra específica (à diferença do projeto de 2000 colocado em discussão); veja-se, sobretudo, o § 275 BGB; igualmente, o art. 9:102, § 2 lit. a Princípios Europeus para o Direito dos Contratos e art. 7.2.2. lit a Princípios UNIDROIT.

⁴¹ RABEL. *Warenkauf I*, p. 122.

⁴² Hoje veja-se 6 Sale of Goods Act 1979; para isso *Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (terceira edição 1996) 508.

⁴³ RABEL. *Warenkauf I*, p. 123.

⁴⁴ RABEL. *The conflict of laws. a comparative study I* (segunda ed. 1958) (prepared by Ulrich Drobnig); II² (1960) (prepared by Ulrich Drobnig); III² 1964 (prepared by Herbert Bernstein); v. IV (1958).

(*O Conflito das Leis*), trabalho encomendado pelo American Law Institute (Instituto Americano de Direito), sua segunda principal obra, foi editado em quatro volumes – de 1945 até 1958 – pela Michigan Law School (Escola de Direito de Michigan), bem longe, portanto, dos *conflicts revolution* nos Estados Unidos.⁴⁵ Ann Arbor foi, ao lado da Harvard Law School (Escola de Direito de Harvard), o principal lugar de trabalho de Rabel nos EUA⁴⁶ (e até mesmo durante seus três últimos anos de vida). O segundo volume do *Recht des Warenkaufs* foi lançado como obra póstuma (1958) – incluído um registro para os dois volumes – em edição especial, em cooperação com *de Gruyter*, da editora do 1º volume, e Mohr Siebeck, que nos últimos tempos da evacuação do Instituto de Tübingen⁴⁷ tornara-se ao mesmo tempo “Editora” do Instituto. O segundo volume saiu em 1956, já no contexto da fase inicial de Hamburgo do Instituto Max-Planck, tal como é denominada a instituição desde 1949. Rabel tinha elaborado já em Tübingen – com base em inúmeros rascunhos feitos nos EUA⁴⁸ – e com a ajuda de Klaus v. Dohnanyi e Jörg Käser, o manuscrito que ele, no outono de 1951, teve a oportunidade de apresentar na conferência de Haia sobre a unificação do direito internacional da compra e venda.⁴⁹

⁴⁵ Para isso, KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. 5. ed. 2004, p. 88-92.

⁴⁶ CLARK (acima, nota 10), p. 110.

⁴⁷ De abril de 1944, até o verão de 1956, o Instituto foi alojado em Tübingen. Por força de tal fato, a maior parte do conteúdo da Biblioteca – diversamente do que se verificou com o referido Instituto de Munique – pôde ser salva da destruição, compare-se KUNZE, p. 225.

⁴⁸ Para tanto, ele planejou uma versão em inglês; veja *Thieme* (acima nota 9), p. 273. Do segundo volume, já haviam sido publicados dois parágrafos: RABEL. The Nature of Warranty of Quality. *Tulane L. Rev.*, v. 24, p. 273-287, 1950; A Specimen of Comparative Law. The Main Remedies for the Seller's Breach of Warranty. *Rev. Jur. Univ. Puerto Rico*, n. 22, p. 167-191, 1953.

⁴⁹ RABEL. *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts: RabelsZ* 17, 1952, p. 212-224, *Warenkauf II* (acima nota 6), p. 359-373.

Até os seus últimos dias de vida, Rabel trabalhou na obra. Depois de sua morte, algumas lacunas foram preenchidas pelos seus referidos colaboradores.⁵⁰ O volume trata, principalmente, das obrigações do comprador, da responsabilidade do vendedor por vícios redibitórios e da transmissão do risco. Uma última parte, referente às garantias legais do vendedor no caso em que ele deva cumprir a obrigação antes de receber o pagamento, não pôde mais ser por ele concluída.

A unificação do direito da compra e venda internacional, vivamente defendida por Rabel, obteve vasta repercussão. Os trabalhos nesse sentido foram retomados em 1950, com sua ajuda. Importante, em especial, foi a regulamentação dos novos usos e costumes. A daí originada Convenção de Haia sobre o Direito da Compra e Venda, de 1964, entraria em vigor depois da quinta ratificação, em 1972. Dentre as nove nações signatárias, incluiu-se também a República Federal da Alemanha, onde tal documento vigorou de 1974 até o final de 1990. Sem dúvida estava destinado à Convenção de Haia sobre o Direito da Compra e Venda apenas um sucesso restrito; no final, a França, os países nórdicos, os Estados socialistas e os países em desenvolvimento não quiseram ratificá-la, assim como os Estados Unidos, que, diferentemente da Grã-Bretanha, entendiam que o direito anglo-americano não havia sido suficientemente considerado pelo documento.⁵¹ Felizmente, graças à Convenção de Viena sobre Contratos

⁵⁰ Para pano de fundo do segundo volume de 1946-1963, DÖLLE, Hans. Prefácio. In: RABEL. *Warenkauf II* (acima nota 6), p. III.

⁵¹ Schlechtriem (acima nota 28), p. 30, ainda assim diz sobre isto que, na República Federal da Alemanha, houve, no entanto, mais de 200 decisões judiciais em que foi aplicada a Lei Uniforme sobre a compra e venda de bens móveis, de 1/7/1964 (*Bundesgesetzblatt* 1973, II, p. 886) e a Lei Uniforme sobre a conclusão de contratos internacionais de compra e venda de bens móveis, de 1/7/1964 (*Bundesgesetzblatt* 1973 II 919).

Internacionais de Compra e Venda, de 1980 (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*), da (ONU) Organização das Nações Unidas, a situação não é mais tão desesperançosa como a descreveu Hein Kötz em 1986: “A unificação do direitos como método de simplificação do direito se assemelha à posição de Hércules [...], que decepara de Hidra uma das suas cabeças de serpente apenas para colocá-la diante de suas três novas.”⁵² Hoje a Convenção de Viena, desenvolvida pela Comissão das Nações Unidas para o Direito de Comércio Internacional (UNCITRAL), vigora nas 71 nações signatárias (a Convenção como tal entrou em vigor em 1988 e para a República Federal da Alemanha,⁵³ em 1991), que representam dois terços do comércio do mundo e mais ou menos dois terços das transações de comércio exterior.⁵⁴ Além disso, a CISG criou uma *língua franca*,⁵⁵ para todas os Estados signatários.

⁵² KÖTZ, Hein. Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele: *RabelsZ* 50, 1986, p. 1-18 (7); para o confronto de idéias, confira-se MAGNUS, Ulrich. *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht: RabelsZ* 59, 1995, p. 469-494; Sobre o êxito que a Convenção Internacional de Direito Público teve como instrumento da unificação do direito privado, BASEDOW, Jürgen. Das Konventionsprivatrecht und das Völkerrecht der Staatsverträge, *In: Völkerrecht und IPR*, apresentado por LEIBLE; RUFFERT, 2006, p. 154-173 (159-165); KROPHOLLER, Jan. Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren, 1975, p. 93 em diante; GRUBER, Urs Peter. *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, 2004.

⁵³ *Bundesgesetzblatt*, 1989, II, p. 586.

⁵⁴ MAGNUS, Ulrich. 25 Jahre UN-Kaufrecht: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2006, p. 96-123 (97).

⁵⁵ HELLNER, Jan. The UN Convention on International Sales of Goods. *In: Ius internationales*, FS Riesenfeld, 1983, p. 71-102 (76). Confira-se, para uma comparação com o direito privado comunitário europeu, BASEDOW Jürgen; RÖSLER, Hannes. *Einführung in das internationale Recht: Wege zur Privatrechtseinheit in Europa*. Jura, 2006, p. 228-233.

A CISG baseia-se fortemente na Convenção de Haia de 1964, porém, politicamente, o novo acordo é mantido por um número muito maior de Estados, muitos dos quais haviam se sentido preteridos pela Convenção de 1964.⁵⁶ Um motivo substancial para o fracasso do acordo de Haia de 1964 encontra-se no seu âmbito de aplicação: ela abrangia – diferentemente da CISG⁵⁷ – também a compra e venda civil. Tal modo de ver correspondia ao mencionado pensamento de Rabel, que via a compra e venda mercantil como parte integrante do direito civil, negando, com isso,⁵⁸ a necessidade de regras especiais para a compra e venda mercantil.⁵⁹ É preciso assinalar, todavia, que a emergência do direito do consumidor constituiu a base de uma das objeções levantadas contra essa concepção.⁶⁰ Ainda em outro ponto diverge a CISG da proposta de Rabel: também diversamente da Convenção da Haia, dispõe o art. 7, II, CISG que as lacunas na Convenção poderão ser preenchidas com recurso, como *ultima ratio*, ao direito material nacional, que há de ser aplicado conforme as regras do Direito Internacional Privado.⁶¹

De fato, com o contrato de compra e venda, Rabel escolheu (na esteira do bem-sucedido exemplo do ADHGB⁶²) o instrumento

⁵⁶ CZERWENKA, G. Beate. *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, 1988. 121 f.

⁵⁷ Art. 2 lit. a CISG; RÖSLER, Hannes. *Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, 2004, p. 132, 241 (91).

⁵⁸ Nesse sentido, HUSSERL (acima nota 12), p. 389..

⁵⁹ RABEL. *Warenkauf*, I, p. 35; REINHARD, Gert. Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?. In: *Festschrift Niederländer*, 1991, p. 353-362 (358).

⁶⁰ Ainda assim, conforme o art. 5, II, da Convenção de Haia tinham primazia as regras nacionais sobre a proteção do comprador em negócios pactuados em prestações.

⁶¹ Sobre esse retrocesso, REINHARD (acima nota 59), p. 357.

⁶² REINHARD (acima nota 59), p. 357.

jurídico central da vida econômica. Ele excluiu as questões relativas à propriedade,⁶³ do mesmo modo como faz a CISG hoje. Além disso, optou por não regular os contratos domésticos de compra e venda. Entretanto, Rabel sempre alimentou a esperança de que a lei uniforme se tornasse um modelo e que atuasse com presteza, também servindo ao confronto de idéias com vista à reforma do direito nacional. Ele escreve: com o direito internacional de compra “nasce outra parte do *jus gentium* moderno, que em cada país se coloca ao lado do *jus proprium civium*, e com ele briga pelo preço da perfeição.”⁶⁴ Também para esse sucesso indireto do direito uniforme da compra e venda, a obra examinada semeou as bases decisivas. Rabel conseguiu com seus ensaios, tal como desejava, “introduzir a abertura para a unificação do direito de obrigações, para a reaproximação dos sistemas jurídicos, onde não existe motivo prático que justifique a existência de soluções diferentes para o mesmo problema”.⁶⁵

A influência do direito uniforme da compra e venda mostra-se também no direito geral das obrigações da Alemanha,⁶⁶ e, particularmente, na modernização dele. Além disso, ele atuou diretamente, dentre outras, na Diretiva 1999/44/EG sobre a compra e venda de bens de consumo⁶⁷ que, a despeito das diferenças quanto às respectivas finalidades, foi em parte

⁶³ O direito da compra e venda deve ser “um campo de prova para a harmonização nas outras áreas de direito” (RABEL. *Die Arbeiten zur Vereinheitlichung des Kaufrechts*, 1932, Artigos III, n. 23, p. 496-515, (498) (citado: *Arbeiten*).

⁶⁴ RABEL. *Warenkauf* I 35.

⁶⁵ RABEL. *Arbeiten* (acima nota 63), p. 5, Artigos III, p. 500

⁶⁶ Já em CAEMMERER, Ernst v. *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung*. Zum Tode von Ernst Rabel: NJW 1956, 569-571.

⁶⁷ De 25/5/1999, *Diário Oficial* da CE L 171/12.

apadrinhada pela CISG.⁶⁸ Não pôde Rabel, no alto de sua experiência tanto européia, quanto norte-americana, prever a que ponto atingiria, nos limites da integração regional européia, a aproximação dos sistemas jurídicos privados, verificando-se na União Européia, perante as 23 nações que ratificaram a CISG, a coexistência de dois direitos da compra e venda de caráter internacional.⁶⁹ Ademais, a CISG também constituiu o modelo mais próximo para o *Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général* (Ato Uniforme sobre o Direito Comercial Geral), de 16 países da OHADA africana,⁷⁰ de 1998, que inclusive criou uma corte comum para dirimir as questões oriundas da

⁶⁸ Dentre outros, para um paralelo entre o art. 2 da Diretiva com o art. 35 da CISG (conceito do vício), veja-se Ulrich Magnus: Der Stand der internationalen Überlegungen. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht. In: *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, editado por Grundmann/ Medicus/Rolland, 2000, p. 79-91 (87-91); Dirk Staudenmayer: *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*: NJW, 1999, p. 2.393-2.397; Norbert Reich: *Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht*: NJW, 1999, p. 2.397-2.403; Stefan Grundmann: Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?: *Archiv für die civilistische Praxis* 202, 2002, 40-71 (45-57); Urs Verweyen: *Die Käuferrechtsbehelfe des UN-Kaufrechts im Vergleich zu denen des neuen internen deutschen Handelskaufrechts aus Sicht eines deutschen Warenexporteurs*, 2005.

⁶⁹ A exceção dizia respeito aos países não pertencentes à CISG, como Irlanda, Portugal, Malta e Grã-Bretanha (Contrariamente, veja-se: Lord Sainsbury of Turville: Parliamentary Under-Secretary of State: The United Kingdom intends to ratify the convention, subject to the availability of parliamentary time, *Lords Hansard*, v. 669 [2005], 7/2/2005, Column WA87; Cf.: Ulrich G. Schroeter: *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2005, que elucida a concorrência e as influências recíprocas. Para o universalismo e o regionalismo, veja-se Jürgen Basedow: Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration. *General Report*: Unif. L. Rev. 8, 2003, p. 31-49 (32-36).

⁷⁰ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

interpretação do Tratado, superando,⁷¹ com isso, uma falha estrutural da CISG.⁷²

A mais forte influência de Rabel sobre o Código Civil alemão (BGB) reformado mostra-se por meio do novo – e central – dispositivo sobre a inexecução contratual (§ 280 BGB), que se apoiou no conceito unificado de descumprimento contratual⁷³ da CISG,⁷⁴ ainda que o § 280 BGB se estenda, todavia, também às pretensões extracontratuais. Nesse ponto não divergem ambas as normas sobre a impossibilidade⁷⁵ (originária, posterior, subjetiva

⁷¹ HAGGE, Nicolas. *Das einheitliche Kaufrecht der OHADA* (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), 2004; SCHROETER, Ulrich. *Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht: Recht in Afrika*, 2001, p. 163-176 (167-175).

⁷² RÖSLER, Hannes. Die Entgrenzung des Nationalprivatrechts. Potenzialanalyse von Unionsprivatrecht, CISG UND PRINZIPIEN: THE EUROPEAN LEGAL FORUM (D), 2003, p. 207-213; de modo exemplar para divergências de interpretação, LUBBE, Gerhard. Fundamental breach under the CISG: RabelsZ 68, 2004, p. 444-472; LEYENS, Patrick C. *CISG and Mistake: Review on the Convention for the International Sale of Goods 2002-2003*, editado pela Pace International Law Review, 2005, p. 3-52.

⁷³ Confirmam-se os artigos 45, 61, CISG. Os artigos 24 *et seq.*, 41 *et seq.*, 51, 52, 55 da Convenção de Haia previam, contrariamente, várias espécies de descumprimento do contrato (por exemplo, em razão da diversidade de condições de tempo, de lugar e de qualidade da prestação, em relação ao que fora pactuado), atribuindo-lhes separadamente as respectivas consequências jurídicas.

⁷⁴ Também o art. 8:101 § 1, Princípios Europeus para o Direito dos Contratos, e art. 7.1.1, Princípios UNIDROIT; art. 3 Diretiva sobre a compra e venda de bens de consumo; Ulrich Huber: *Leistungsstörungen*. In: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, I, 1981, p. 647-909 (699 *et seq.*); *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1992, p. 128 em diante, 195 e 250; para o processo de harmonização, Peter Schlechtriem: *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1993, 217-246; Também, Reinhard Zimmermann: *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives* (2005) 96-99.

⁷⁵ §§ 280, 306, 325 BGB em sua versão antes de reforma.

e objetiva), sobre a mora,⁷⁶ sobre a quebra positiva do contrato e sobre a *culpa in contrahendo*. Tal enquadramento se deve a Rabel, que se manifestara contrariamente à solução, do ponto de vista axiológico, em parte contraditória, do histórico BGB, haja vista que esse distinguia⁷⁷ as regras sobre a prestação de garantias em contratos de compra e venda e contratos de prestação de serviços⁷⁸ daquelas gerais sobre a inexecução dos contratos. Diversamente, Rabel associou-se à abrangente teoria de *breach of contract* (quebra de contrato).⁷⁹ Essa teoria não leva em consideração o destino do objeto do contrato; interessa-se apenas em saber se o contrato foi cumprido ou não. Uma vez mais, cabe ressaltar que Rabel reserva às soluções do Direito anglo-americano observações especiais.⁸⁰

A integração do direito das garantias no direito geral das obrigações foi feita mediante o estabelecimento da obrigação de fornecer bem ou serviço sem vícios (§§ 433, I, 2 633, I, BGB, art. 35, I, 42, I CISG). Ambos os textos equiparam o vício ao

⁷⁶ §§ 284, 326 BGB.

⁷⁷ Para as causas no Direito romano do mercado Martin Josef Schermaier: *Rechtsangleichung und Rechtswissenschaft im kaufrechtlichen Sachmängelrecht In: Verbraucherkauf in Europa: altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, editado pelo mesmo autor (2003), p. 3-25 (p. 14).

⁷⁸ §§ 459, 635 BGB, antes da reforma do direito das obrigações.

⁷⁹ MAGNUS, Ulrich. Der Tatbestand der Pflichtverletzung *In: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, editado por Schulze/Schulte-Nölke (2001), p. 67-79 (70, 73); veja-se, também, o estudo comparativo de Jürgen Basedow: *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Rechtsvergleichendes Gutachten, 1988, p. 35; Dieter Medicus: Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung. *In: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, apresentado por BASEDOW, 2000, p. 179-193 (180-185).

⁸⁰ A “descoberta” dos valores da *common law*, ao lado da metodologia funcional, é vista por *Zweigert/Kötz* (acima nota 42) p. 60, como a maior contribuição de Rabel – e também de Edouard Lambert (1866-1947) – pela qual se lhe deve reconhecer todo mérito.

fornecimento de um *aliud*, bem como ao fornecimento a menor (§ 434 III BGB, art. 35 I CISG). Ainda com respeito às consequências jurídicas, alguns paralelos podem ser feitos: O art. 3, III, da Diretiva sobre a compra e venda de bens de consumo e (de forma velada) os §§ 437, 1, 439 do BGB reformado, prevêm seja dada prioridade ao cumprimento, ainda que posterior, adiante da rescisão do contrato (*Vorrang der Nacherfüllung*). Semelhantemente, ainda que se trate de situação diversa, o vendedor tem, pelo art. 48 do CISG, a *possibilidade* de excluir outros remédios legais oferecendo o cumprimento da obrigação.⁸¹ Tal como se verifica quanto à CISG, também pela nova normativa alemã, pode-se combinar a pretensão às perdas e danos à reivindicação do cumprimento ou à rescisão do contrato.⁸² E, assim como a Diretiva, as normas do BGB e da CISG também estipulam um prazo prescricional de dois anos (art. 5 I, 438 I nº 3 BGB, art. 39 II CISG).

A fundamentação oficial da reforma do direito das obrigações destaca a contribuição de Rabel para as novas regras sobre a impossibilidade⁸³:

O principal erro do [...] Direito [alemão, tal como se encontrava antes da reforma] consistia no papel atribuído à impossibilidade (ao lado da mora), como um dos dois pilares do descumprimento contratual. De acordo com a opinião majoritária, tal circunstância criou uma lacuna que é, hoje, usualmente preenchida por meio da doutrina sobre a violação positiva do contrato, não

⁸¹ Magnus (acima, nota 68) 89; contrariamente, veja-se também art. 48 I 2 CISG; comparando GUTKNECHT, Uta. *Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers bei Kauf- und Werklieferungsverträgen*, 1997.

⁸² Confira-se RABEL. *Warenkauf I*, p. 434; BASEDOW (acima nota 79). 42 f.

⁸³ BT-Drucksache (impresso do Bundestag (Parlamento Federal) 14/6040 de 14/5/2001, p. 127.

expressamente prevista pelo BGB. O valor discutível dessa solução [preparada por Friedrich Mommsen (1818-1892) e completada por Bernhard Windscheid (1817-1892)⁸⁴], que otorgou papel central à categoria da impossibilidade no Código Civil já foi salientado, em 1907, por Ernst Rabel.⁸⁵

Em resumo, procurou-se mostrar a fascinante continuidade da vasta e corajosa obra de Rabel. Sua influência alcança – com o direito sobre a compra e venda como ponto científico principal – desde o Direito uniforme da compra e venda e o Direito comunitário europeu da compra, até a reforma do BGB, baseada no direito comparado, projetando-se, certamente, muito mais além no tempo e no espaço. É desejável que a influência da obra de Rabel também chegue ao Brasil, por meio da ratificação da CISG, em um futuro próximo. Esperam-se, com ansiedade, as contribuições da doutrina brasileira ao discurso internacional sobre o direito uniforme da compra e venda de mercadorias.

REFERÊNCIAS

BASEDOW, Jürgen Der Standort des Max-Planck-Instituts, Zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft. In: *Aufbruch nach Europa*. Festschrift 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, p. 3-16.

COHN, Ernst J. *A Unified Law of Sale of Goods*: journal of comparative legislation and international law, 3rd Ser., 21, 244-250, 1939.

DROBNIG, Ulrich. *Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung*, Zum 50. Todestag von Ernst Rabel: ZEuP 2005, p. 821-831.

⁸⁴ Reelaborado por Reinhard Zimmermann (*Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*: JZ 1995, p. 477-491 (480); Léontin-Jean Constantinesco (*Inexécution et faute contractuelle en droit compare*, 1960. 427 f.).

⁸⁵ Veja nota 38 acima.

KEGEL, Gerhard. *Ernst Rabel*. Werk und Person: RabelsZ 54, 1990, p. 1-23.

KUNZE. *Rolf-Ulrich Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 1926-1945*, 2004.

RABEL, Ernst (sob colaboração dos antigos e atuais colaboradores do Instituto). *Das Recht des Warenkaufs*. Eine rechtsvergleichende Darstellung I, 1936. Nova Edição preservada 1957.

RABEL, Ernst (unter Mitwirkung der früheren und jetzigen wissenschaftlichen Mitarbeiter des Instituts). *Das Recht des Warenkaufs*. Eine rechtsvergleichende Darstellung I, 1936, unveränderter Neudruck 1957.

RABEL, Ernst. *Gesammelte Aufsätze I: Arbeiten zum Privatrecht 1907/1930*, hrsg. von Leser, 1965; *III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919/1954*, hrsg. von Leser, 1967.

UTERMARK, Timo. *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel*, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. *In der Schule von Ludwig Mitteis, Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge*: RabelsZ 65, 2001, p. 1-38.

